

LA REFORMA DEL CODIGO PENAL ESPAÑOL POR LEY ORGANICA 15/2003: UN PASO AL FRENTE EN «LA CRIMINALIZACION DE LA BARBARIE»

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto
Doctor en Derecho. General Consejeroogado

SUMARIO

I. Introducción. II. La propuesta del Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española. III. Breve referencia a la legislación extranjera. IV. Técnica jurídica empleada en la propuesta de la Cruz Roja Española. V. Análisis de las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 15/2003, en materia de crímenes de guerra. VI. La responsabilidad de los superiores jerárquicos. VII. Especial consideración de la obediencia jerárquica. VIII. La imprescriptibilidad de los crímenes internacionales.

I. INTRODUCCIÓN

Ha hecho fortuna entre los internacionalistas, para caracterizar el castigo de los crímenes más atroces (genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra o crimen de agresión), la gráfica expresión «*La criminalización de la barbarie*», conocida obra del profesor Carrillo Salcedo, quien destaca el claro vínculo existente entre la perpetuación de las violaciones graves, masivas o sistemáticas de los derechos humanos fundamentales y la impunidad.

Estas ideas nos sirven para presentar y acotar una parte no muy conocida de la reciente modificación del Código penal de 1995, realizada por la extensa Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, con entrada en vigor el 1 de octubre de 2004. Nos referimos en particular a la reforma del Título XXIV del Libro II del Código penal («Delitos contra la comunidad

internacional») y, más concretamente, de su Capítulo III «De los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado».

Ahora bien, la reforma aporta extramuros de este capítulo otros aspectos de gran importancia en la lucha contra la impunidad de los crímenes internacionales, como la incorporación al Código penal de los «Delitos de lesa humanidad» (que integran un nuevo Capítulo II bis del citado Título XXIV del Libro II, artículo 607 bis). Y, en el mismo sentido, podríamos destacar las normas sobre imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad y de guerra, así como de sus penas, la incriminación de los «delitos contra la Administración de Justicia de la Corte Penal Internacional» (artículo 471 bis), la regulación de la responsabilidad penal de los superiores (artículo 615 bis) o la exclusión de la aplicabilidad de la eximente de cumplimiento de un deber para los delitos de genocidio o crímenes de lesa humanidad (artículo 616 bis). Preceptos todos pretendidamente inspirados en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (1).

La historia de la humanidad es, en buena parte, la constatación de los fracasos de la Justicia en su lucha contra la impunidad de quienes han cometido los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional. Sus autores, paradójicamente, no eran ni enjuiciados por la incapacidad de los Estados para iniciar siquiera la acción penal contra las propias autoridades instigadoras o responsables de tan graves delitos.

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional significó un paso de gigante en la lucha contra la impunidad y para prevenir nuevos delitos, pues ahora los Estados en buena parte confían el *ius puniendi* a un Tribunal supranacional, que puede actuar de forma complementaria pero decisiva ante la pasividad de los jueces nacionales.

En definitiva no es aventurado afirmar que el Estatuto de Roma, ratificado por España y en vigor desde el 1 de julio de 2002, es ya una parte irrenunciable del patrimonio jurídico de la humanidad y ha alumbrado una institución (la Corte Penal Internacional) capaz de hacer efectiva la utópica idea de una Justicia Penal Universal.

Ahora bien, la existencia de Tribunales Penales Internacionales, no exime a los Estados de su prioritario deber de ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales, acabando con la «cultura de la impunidad». Solo así se entiende la configuración de la Corte Penal Internacional como «complementaria» de las jurisdicciones nacionales.

(1) Ver el excelente trabajo de José Manuel Gómez Benítez, «La parte general del Estatuto de la Corte Penal Internacional», en « Actualidad Penal », n.º 41, semana del 3 al 9 de noviembre de 2003, pp. 1029 a 1043.

Sería, en efecto, una grave laguna de nuestro Estado de Derecho que la legislación penal dejara de proteger a las víctimas de los mayores crímenes, al no tipificar los más reprobables hechos cuya atrocidad desafía la imaginación y conmueve profundamente la conciencia de la humanidad. A la vez, los poderes públicos incumplirían las obligaciones asumidas al ratificar numerosos Convenios internacionales de Derechos Humanos y de Derecho Internacional Humanitario.

Por ello, la Cruz Roja Española remitió en su día al Gobierno una propuesta para castigar los crímenes de guerra en el nuevo Código penal que entonces se elaboraba. Así se incorporó al vigente Código penal de 1995 el capítulo «Delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado» (artículos 608 a 614). Tal incriminación, pionera en el mundo occidental, ha servido de modelo a países europeos e iberoamericanos en la protección penal de las víctimas de la guerra.

Sin embargo, en el momento actual se hacía necesaria una reforma del citado capítulo del Código penal. Los nuevos crímenes internacionales que se castigan en el Estatuto de Roma (que los declara imprescriptibles), la protección que merece el personal de las Naciones Unidas en sus misiones pacíficas y humanitarias, la prohibición de armas inhumanas e indiscriminadas (como las armas biológicas, químicas o minas antipersonas), la protección reforzada de los bienes culturales o los derechos de los niños, para limitar o impedir su participación en los conflictos armados, suponen avances del Derecho internacional que deben ser recogidos en las normas penales.

En consecuencia, la Exposición de motivos de la Ley Orgánica 15/2003, de modificación del Código penal hace alusión a la definición y regulación de «*los delitos que permiten coordinar nuestra legislación interna con las competencias de la Corte Penal Internacional*». E incorpora a nuestra legislación penal la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad y de los crímenes de guerra, el castigo de los delitos contra la Administración de Justicia de la Corte Penal Internacional y los delitos de lesa humanidad.

Por otra parte, gracias a la sensibilidad del Presidente de la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados, Jesús López-Medel Bascones, se logró que el Congreso aprobara por consenso cinco enmiendas al Proyecto de Código penal, para proteger al personal de Naciones Unidas y personal asociado, incorporar como crímenes de guerra determinadas conductas ya incriminadas por el Estatuto de la Corte Penal Internacional (como la orden de no dar cuartel, la deportación ilegal, los asentamientos en territorio ocupado, los ataques a instalaciones o medios de transporte sanitarios o la violencia sobre el personal humanitario) o completar la defensa de los bienes culturales de especial relevancia, en caso de conflicto armado.

Al convertirse en ley estas propuestas inicialmente formuladas por la Cruz Roja Española se ha mejorado notablemente la protección de los víctimas de la guerra; y así España se encuentra a la vanguardia de los países que, como Bélgica, Alemania, Canadá, Países Bajos, Reino Unido, Nueva Zelanda y, muy pronto, algunos iberoamericanos, han optado por criminalizar la barbarie como afirmación de los valores morales que conforman nuestra conciencia jurídica colectiva. Concretamente citaremos:

- Bélgica. Ley de 10 de febrero de 1999, relativa a la represión de las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario, que modifica la Ley de 16 de junio de 1993, a su vez modificada por las Leyes de 10 y 23 de abril de 2003 y por la Ley de 5 de agosto de 2003, que la derogó, e incorporó sus preceptos al Código Penal.
- Canadá. Ley de 29 de junio de 2000, relativa al genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra, dirigida a la ejecución del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, y que modifica en consecuencia determinadas Leyes.
- Alemania. Código de Derecho Penal Internacional, aprobado por Ley de 26 de junio de 2002.
- Australia, Ley sobre la Corte Penal Internacional, de 26 de septiembre, de 2002.
- Países Bajos, Ley sobre crímenes internacionales, de 19 de junio de 2003.
- Reino Unido, Ley de la Corte Penal Internacional de 2001.
- Escocia, Corte Penal Internacional (Escocia) Bill, de 2001.
- Nueva Zelanda, Ley de la Corte Penal Internacional, de 6 de septiembre de 2000.
- Suiza. Artículos del Código Penal Militar de Suiza.
- Sudáfrica, Ley de implementación del Estatuto de Roma, de 12 de junio, de 2002.
- Argentina. Proyecto de Ley de reforma del Código de Justicia Militar de 1998 y Proyecto de Ley Penal Especial para implementar el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.
- Colombia. Código Penal: Delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario. Ley 599, de 24 de julio, de 2000.
- Perú. Proyecto de Código de Justicia Militar.

II. LA PROPUESTA DEL CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO DE LA CRUZ ROJA ESPAÑOLA

En el número 78 de la Revista Española de Derecho Militar (julio-diciembre de 2001), se publicó el contenido íntegro de la «Propuesta de modificación del Código penal español en materia de delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado» del Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española, dirigida al Ministerio de Justicia. Comprendía una Memoria, con justificación, legislación extranjera y análisis de las modificaciones propuestas, el texto de la Ley Orgánica con su Exposición de Motivos y un Cuadro comparativo del articulado del Código penal y de los preceptos cuya modificación se proponía.

Como afirmaba el profesor Pérez González, los nuevos desarrollos del Derecho Internacional que justificaban la propuesta se podían concretar en la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional (que aconsejaba la modificación de numerosas tipificaciones), la incriminación de la violación de suspensión de armas, armisticio, capitulación u otro convenio celebrado con la parte adversa, la requisita indebida o innecesaria de edificios o bienes muebles en territorio ocupado, la captura o destrucción de buque mercante o aeronave comercial con infracción de las normas sobre el derecho de captura o presa, la protección de los niños en los conflictos armados (Protocolo Facultativo de 25 de mayo de 2000), la protección reforzada de los bienes culturales (Protocolo II de 26 de marzo de 1999) y la protección al personal de las Naciones Unidas y personal asociado (Convenio de 9 de diciembre de 1994).

A todos estas menciones habría que añadir la obligación de incriminar determinadas conductas que podrían ser calificadas como actos preparatorios en relación con las armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas, armas químicas y minas antipersonas, consistentes en el desarrollo, producción, almacenamiento, adquisición, conservación, transferencia o vulneración de la obligación de destrucción de tales armas, consecuencia de la ratificación por España de la Convención de 10 de abril de 1972, sobre la prohibición del desarrollo, producción y almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción (ratificada por España por Instrumento de 1 de junio de 1979), de la Convención de 1993, sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción (ratificada por España por Instrumento de 3 de agosto de 1994) y de la Convención de 18 de septiembre de 1997 (Tratado de Ottawa) sobre la prohibición del empleo, almacenamien-

to, producción y transferencia de minas antipersonas y sobre su destrucción (ratificada por España por Instrumento de 7 de enero de 1999).

III. BREVE REFERENCIA A LA LEGISLACIÓN EXTRANJERA

Pese a la labor del Comité Internacional de la Cruz Roja y las recientes reformas penales (muchas veces impulsadas por la ratificación del Estatuto de la Corte Penal Internacional), ha sido muy desigual el grado de cumplimiento por los diversos Estados de sus obligaciones dimanantes de las normas de Derecho Internacional Humanitario que contienen el deber de establecer adecuadas sanciones penales en el caso de infracciones graves (crímenes de guerra) de tales convenios internacionales.

En primer lugar, hay que citar a los países (República Federal de Alemania, Francia y Austria) que consideraron en su día suficientes los preceptos de su Derecho penal interno que, lógicamente, sancionan el homicidio, lesiones, violación, robo o daños como delitos comunes, para castigar todas las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario contenidas en los Convenios de Ginebra de 1949, sus Protocolos Adicionales de 1977 y otros instrumentos del Derecho Internacional de los Conflictos Armados. Sin embargo, no puede dejar de observarse la insuficiencia de las descripciones contenidas en los tipos comunes para abarcar la incriminación de determinadas infracciones relativas a la conducción de las hostilidades, protección de las víctimas y empleo de medios (armas) o métodos de combate prohibidos o restringidos por las normas aplicables en los conflictos armados, sin que las penas previstas para los delitos comunes sean, en todos los casos, las más adecuadas para sancionar tan graves violaciones.

Otros Estados (Italia, Países Bajos, Reino Unido y Estados Unidos de América) establecieron un sistema que consistía en la llamada incriminación global simple. Es decir, se incorpora a la leyes penales (comunes o militares) una cláusula general abierta que se remite a las disposiciones pertinentes del Derecho Internacional Humanitario, con una técnica similar a la conocida como la de «Leyes penales en blanco». Este criterio ha merecido algunas críticas desde el punto de vista de que no satisface el principio de legalidad penal (en su vertiente de taxatividad) y, fundamentalmente, porque al establecer una pena única no permite diferenciar la sanción en función de la gravedad de las distintas infracciones.

En la legislación extranjera coexisten sistemas mixtos o que combinan criterios diferentes, como la denominada «doble incriminación atenuada» (o incriminación específica parcial) que siguen Brasil, China, Grecia y

Turquía. O la incriminación global mixta, que utilizan las normas penales de Dinamarca, Finlandia, Noruega, Suecia y Suiza.

Ahora bien, puede afirmarse que el sistema de mayor perfección técnica, al menos desde el punto de vista del sistema continental o romano-germánico dentro del que puede incluirse al sistema penal español, es el llamado de «incriminación específica completa», que establece una descripción exhaustiva de las conductas criminales, tipificando así las infracciones penales, y fija las penas de cada delito con una adecuada dosimetría. Se trata de una norma penal autosuficiente, sin perjuicio de los ineludibles elementos normativos (por ejemplo, el concepto de «prisionero de guerra» hay que ir a buscarlo al III Convenio de Ginebra de 1949), que se puede completar con un tipo residual más general y algunas disposiciones comunes. Los ejemplos más recientes son las legislaciones o proyectos normativos de Bélgica, Alemania, Países Bajos, Canadá, Reino Unido (y Escocia), Nueva Zelanda, Eslovenia, Rumania, Colombia, España (artículos 608 a 614 del Código Penal y artículos 69 a 78 del Código Penal Militar) y proyectos de Argentina o Perú (Ley Penal Especial y Códigos de Justicia Militar).

Sin duda este sistema es el que mejor satisface el principio de legalidad penal proclamado en el artículo 25 de nuestra Constitución española y en numerosas normas fundamentales que siguen el sistema continental o romano-germánico. Es decir, sólo así se cumple la exigencia de una ley penal «previa», «certa», «scripta» y «stricta».

También son muy diversas las formas o técnicas de incriminación. El sistema de la aprobación de una Ley Penal Especial para castigar los crímenes de guerra (u otros delitos internacionales como el genocidio o los crímenes de lesa humanidad), topográficamente distinta de los Códigos Penales, Códigos Penales Militares o Códigos de Justicia Militar, es seguido en Bélgica, Alemania, Canadá, Países Bajos, Reino Unido Escocia), Nueva Zelanda Eslovenia o Estados Unidos de América. En el sentir de una parte importante de la doctrina presenta la ventaja de agrupar en una única norma penal el conjunto de reglas especiales relativas a represión de los crímenes de guerra, que pueden ser cometidos por militares o personas civiles. Sin embargo, en contra se pueden esgrimir los argumentos que rechazan la proliferación de Leyes penales especiales con el riesgo nada desdeñable de que en ellas se desconozcan o excepcionen determinados principios penales generales contenidos en el Código penal común, que deberían presidir todo el sistema penal de un país.

Existen Estados que incluyen la sanción de los crímenes de guerra, a la vez, en el Código Penal o en una Ley Penal Especial y en el Código Penal Militar (Brasil, China, Argentina, Grecia, Turquía, Paraguay y España).

No faltan naciones que castigan las infracciones del Derecho Internacional Humanitario únicamente en el Código Penal Militar o Código de Justicia Militar (Italia, Suiza, Noruega, Dinamarca, Irán o Perú).

Finalmente, hay países que solamente incriminan los crímenes de guerra en el Código Penal ordinario (Austria, Rusia y Suecia).

Numerosos Estados (Italia, Bélgica, Canadá, Suiza, Países Bajos, Noruega, Dinamarca, Finlandia, Argentina, Colombia, España y el proyecto de Perú) castigan con sanciones penales (o, en algún caso, disciplinarias) las infracciones del Derecho Internacional Humanitario, sin hacer distinción entre las infracciones graves y las no graves, simples infracciones o actos contrarios, cuya punición se reserva a un tipo residual castigado con menor pena o se sancionan disciplinariamente. No obstante, es de destacar que el artículo 9, parágrafo 4 de la Ley belga de 16 de junio de 1993, relativa a la represión de las infracciones graves del Derecho Internacional Humanitario, dispone que no será nunca aplicable a tales infracciones el procedimiento de remisión a la disciplina de los Cuerpos (régimen disciplinario militar) previsto en el Código de procedimiento penal militar. Por el contrario, el artículo 109 del Código Penal Militar de Suiza determina que el delito militar consistente en la violación de las prescripciones de las convenciones internacionales sobre la conducción de la guerra y sobre la protección de las personas y de los bienes, así como la infracción de otras leyes y costumbres de la guerra reconocidas, será castigado disciplinariamente si es de poca gravedad. La Sección 7 del parágrafo 2 (crímenes de guerra) de la Ley sobre Crímenes Internacionales de los Países Bajos de 19 de junio de 2003, contiene lo que puede ser calificado como un tipo residual en materia de crímenes de guerra.

Sin duda el mayor progreso de las normas penales más modernas que regulan esta materia, castigando los crímenes de guerra, consiste en otorgar idéntica protección penal a las víctimas de los conflictos armados internacionales y a las personas y bienes protegidos en los conflictos armados internos o sin carácter internacional. Sistema seguido por Bélgica, Alemania, Colombia, Canadá, España y, en buena parte, aceptado por el Estatuto de Roma, de 17 de julio de 1998, de la Corte Penal Internacional. Sin embargo, la Ley sobre crímenes internacionales de los Países Bajos (2003) y el Proyecto de Ley Penal Especial de Argentina se apartan de esta tendencia y mantienen la tradicional diferenciación para la protección penal de las víctimas en los conflictos armados internos o internacionales.

La ratificación por diversos Estados del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional les planteó la conveniencia de modificar sus normas penales (Leyes penales especiales, Códigos Penales, Códigos Penales Militares o Códigos de Justicia Militar) para tratar de adecuar su contenido en

materia de crímenes de guerra (o genocidio y crímenes de lesa humanidad) a los preceptos del referido Estatuto en la materia, integrados no sólo por el artículo 8 (que castiga los crímenes de guerra de la competencia de la Corte) sino también por los Principios Generales de Derecho Penal (artículos 22 a 33), con indudable incidencia en la Parte General de los códigos penales.

Entre las primeras leyes penales especiales para la represión de los crímenes de guerra y otros delitos internacionales (genocidio y crímenes de lesa humanidad) que fueron promulgadas para adaptar sus preceptos al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hay que citar la Ley belga de 10 de febrero de 1999, sobre la represión de las violaciones graves de Derecho Internacional Humanitario, que modificó la Ley de 16 de julio de 1993, y la Ley de Canadá de 29 de junio de 2000, relativa al genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra, dirigida a la ejecución del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, y que modifica en consecuencia determinadas leyes.

Estas dos madrugadoras normas penales son ciertamente muy diferentes al inscribirse en sistemas jurídico-penales tan distintos como el modelo anglosajón (Canadá) o el romano-germánico (Bélgica). Así, llaman la atención en la ley canadiense las referencias al Derecho internacional consuetudinario, convencional o a los principios generales del Derecho en la definición de los crímenes, la falta de dosimetría penal, la remisión al Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945 y a la *Proclamation* del Comandante Supremo de las Fuerzas Aliadas de 19 de enero de 1946 (Juicios de Nuremberg y Tokio) o la aplicación retroactiva de la ley penal.

La Ley de la Corte Penal Internacional de Nueva Zelanda, del año 2000, define los crímenes de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra mediante una remisión al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Dentro del mismo sistema anglosajón, la *International Criminal Court Act*», del año 2001, promulgada en el Reino Unido para Inglaterra, País de Gales e Irlanda del Norte, define en su artículo 50 (Parte 5) el genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra por referencia a los artículos 6, 7 y 8.2, respectivamente, del Estatuto de Roma, así como la conducta auxiliar para la comisión de tales crímenes (artículo 52). Por el contrario se regula específicamente la responsabilidad del mando y otros superiores (artículo 65) y la intencionalidad o *mens rea* (artículo 66).

La Ley belga, sin embargo, es respetuosa con el principio de legalidad penal en la descripción de las conductas incriminadas (genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra), contiene una adecuada dosimetría penal al establecer las sanciones según la gravedad de los crímenes y sus resultados, castiga los actos preparatorios, las formas de resolución

manifestada y de participación en el delito, la omisión y la tentativa, determina las causas de justificación y exclusión, los límites de la obediencia jerárquica y la imprescriptibilidad de los crímenes. La Ley de 5 de agosto de 2003, deroga la Ley de 16 de junio, de 1993 (modificada por Leyes de 10 de febrero de 1999, y 10 y 23 de abril de 2003), e incorpora sus preceptos *mutatis mutandis* al Código Penal.

Mención aparte merece por su depurada técnica el Código de Derecho Penal Internacional de Alemania, aprobado por Ley de 26 de junio de 2002. Este excelente texto, notablemente influido por los preceptos del Código penal español que tipifican los crímenes de guerra (véase, por ejemplo, la definición de «personas protegidas»), dedica una primera parte a las Disposiciones Generales (ámbito de aplicación, aplicación del Derecho común, obediencia jerárquica, responsabilidad de los superiores e imprescriptibilidad), una segunda parte a las infracciones al Derecho Internacional (genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y otras infracciones). La Ley, además del Código de crímenes contra el Derecho Penal Internacional, contiene importantes disposiciones procesales penales. Por lo que se refiere a los crímenes de guerra, la cuidadosa tipificación trata de sistematizarlos y agruparlos de la forma siguiente: crímenes de guerra contra las personas, contra la propiedad y otros derechos, contra las operaciones humanitarias y los emblemas, crímenes de guerra por utilización de métodos prohibidos en la conducción de las operaciones de guerra o por utilización de medios prohibidos. Hay que añadir, entre otros crímenes previstos, la incriminación de la violación del deber de vigilancia en relación con la responsabilidad de los superiores y la omisión del deber de denunciar una infracción penal.

Una interesante aportación al elenco de normas penales adoptadas a la vista del Estatuto de Roma es la Ley de 19 de junio de 2003, de los Países Bajos, sobre crímenes internacionales. La norma establece, teniendo en cuenta el principio de complementariedad, las reglas relativas a la incriminación de las graves violaciones del Derecho Internacional Humanitario y, a la vez, colma la laguna existente en relación con los crímenes contra la humanidad. Las definiciones están basadas en las que contiene el Estatuto de Roma y, por otra parte, han sido tenidos en cuenta importantes tratados internacionales como los Convenios de Ginebra de 1949, la Convención sobre el Genocidio, el Convenio de La Haya sobre los bienes culturales o la Convención contra la tortura. Las disposiciones más relevantes de esta Ley holandesa son la criminalización del genocidio, la tipificación de los crímenes contra la humanidad (inspirada en el Estatuto de Roma) y de los «crímenes de guerra» (manteniendo la diferenciación entre los cometidos en un conflicto interno o internacional, aunque añadiendo algunas disposiciones comunes a ambos), la incriminación de la tortura

como delito autónomo, las bases para una jurisdicción universal pero limitada a los supuestos de personas que se encuentren en territorio de los Países Bajos y no gocen de inmunidad (se recoge aquí la doctrina de la sentencia del Tribunal Internacional de Justicia de 14 de febrero de 2002, en el caso de «D.R. Congo *versus* Belgium»), la responsabilidad del mando, la obediencia jerárquica, normas procesales (que exceptúan la competencia de la jurisdicción de los Jueces militares) y la regla de la irretroactividad. Destaca esta Ley por el fiel seguimiento del Estatuto de Roma en la descripción de los tipos penales, en las definiciones y en los principios generales del Derecho penal.

Mención especial merece el Proyecto de Ley Penal Especial de Argentina por su gran fidelidad al texto del Estatuto de Roma, particularmente por lo que se refiere a los principios generales del Derecho penal y crímenes de guerra.

IV. TÉCNICA JURÍDICA EMPLEADA EN LA PROPUESTA DE LA CRUZ ROJA ESPAÑOLA

Una sólida base de partida en el Derecho penal español en texto entonces vigente del Código penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, cuyo Capítulo III (*Delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado*) del Título XXIV (*Delitos contra la Comunidad Internacional*), que contiene los artículos 608 a 614, fue aprobado en su día de acuerdo con el texto de una Propuesta articulada elaborada por el Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española.

En el referido Capítulo III se definen, en primer lugar, las personas protegidas (artículo 608) y, seguidamente, se tipifican las violaciones del Derecho Internacional Humanitario (o Derecho Internacional de los Conflictos Armados) cometidas por un sujeto activo indeterminado (*el que...*) en cualquier clase de conflictos armados, sean éstos de carácter internacional o no internacionales (conflictos armados internos), finalizando con un tipo residual que sanciona las restantes infracciones (artículos 609 a 614).

A la vista de la ratificación por España del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre) y de su entrada en vigor el 1 de julio de 2002, así como de la ratificación de otros instrumentos de Derecho Internacional Humanitario como la Convención de 18 de septiembre de 1997 (Tratado de Ottawa) sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción, la Convención sobre la seguridad del personal de las Naciones Unidas y el personal asociado de 9 de

diciembre de 1994, el Segundo Protocolo de 26 de marzo de 1999 de la Convención de La Haya de 1954, sobre protección reforzada de los bienes culturales y el Protocolo Facultativo de 25 de mayo de 2000 de la Convención de 1989, sobre los derechos del niño, relativo a la participación de los niños en los conflictos armados, resultaba muy conveniente la modificación de algunos aspectos concretos de las normas establecidas y conductas incriminadas en los citados artículos 608 a 614 del Código Penal. Al no ser necesario alterar básicamente los tipos previstos, se entendió que podía ser suficiente la modificación puntual o adición de los preceptos vigentes.

Así, se propusieron escasas modificaciones del articulado, a las que se añadieron otras derivadas de diversas normas del Derecho Internacional de los Conflictos Armados, como del denominado Derecho de La Haya (Convenciones de 1899 y 1907), de la Convención de 10 de abril de 1972, sobre la prohibición del desarrollo, producción y almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción, así como de la Convención de 1993 sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción.

La propuesta no se agotaba en el propósito de modificar el mencionado Capítulo III del Título XXIV del Código Penal, puesto que consideraba muy conveniente, a la vista de los *Principios Generales del Derecho Penal* establecidos en Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (artículos 22 a 33), incluir en el texto punitivo común determinadas normas de indudable trascendencia penal. Se proponía, en consecuencia, añadir en el Capítulo IV (*Disposiciones Comunes*) del Título XXIV (*Delitos contra la Comunidad Internacional*) los artículos 616 bis y 616 ter para acoger la regulación de los artículos 28 y 33 del Estatuto de Roma. Y asimismo contenía la modificación de los artículos 131 y 133 del Código Penal (Capítulo I del Título VII del Libro Primero) para declarar la imprescriptibilidad de los *delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, salvo los castigados en el artículo 614*, y de sus penas. Todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 del Estatuto de Roma.

En definitiva, como técnica legislativa, se proponía la aprobación de una Ley Orgánica de modificación parcial del Código Penal español en materia de delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, cuya propuesta de texto articulado y Exposición de Motivos se acompañaba. Como veremos, no todas estas propuestas fueron acogidas por el legislador español.

V. ANÁLISIS DE LAS MODIFICACIONES DEL CODIGO PENAL INTRODUCIDAS POR LA LEY ORGANICA 15/2003 EN MATERIA DE CRÍMENES DE GUERRA

LIBRO SEGUNDO DEL CÓDIGO PENAL (*Delitos y sus penas*)
TÍTULO XXIV (*Delitos contra la Comunidad Internacional*)
CAPÍTULO III (*Delitos contra las personas y bienes protegidos en caso
de conflicto armado*)

Artículo 608

Se ha adicionado un nuevo apartado, dejando inalterado el texto de los vigentes, para incluir en el concepto de personas protegidas a efectos de los delitos previstos en éste Capítulo III al *personal de Naciones Unidas y personal asociado, protegidos por la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y Personal Asociado de 9 de diciembre de 1994.*

España ratificó esta Convención el 13 de enero de 1998, por lo que parece obligado proporcionar adecuada protección penal a las personas que participan en tales operaciones de las Naciones Unidas, con importante y habitual aportación de miembros de las Fuerzas Armadas, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y otros funcionarios y ciudadanos españoles.

Además, a propuesta justamente de la Misión Española en la Conferencia Diplomática de Roma (15 de junio a 17 de julio de 1998), se incluyó la protección penal internacional de este tipo de personas, teniendo la consideración de crímenes de guerra de la competencia de la Corte Penal Internacional los ataques a las misiones de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas. Y ello tanto en los conflictos internacionales como sin carácter internacional, según el artículo 8, apartado 2, letra b), iii) y letra e) iii del Estatuto de Roma.

A pesar de que sería correcto interpretar que tal personal está actualmente comprendido en el anterior n.º 6.º del artículo 608, por la remisión a *cualesquiera otros Tratados internacionales en los que España fuere parte*, la exigencia constitucional de certeza que debe presidir las normas penales aconseja la mención expresa de tales personas protegidas que son sujetos pasivos del delito y de la acción criminal.

Por otra parte, no es ocioso recordar que el artículo 9 de la citada Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y Personal Asociado comporta la obligación para cada Estado Parte (y España ha ratificado ésta Convención) de que determinadas conductas intencionales

que describe sean consideradas delito en la legislación nacional y sancionadas con penas adecuadas que tengan en cuenta su gravedad.

La inclusión de un apartado nuevo en el artículo 608, que se señala con el n.º 6, significa que el anterior número 6.º pasa a ser el n.º 7 del precepto, para respetar su ubicación como norma residual y abierta.

Artículo 610

Párrafo primero

Se añade al texto actual del artículo 610, como conducta incriminada, la consistente en *ordenar no dar cuartel*, con sólido sustento en el artículo 23 apartado d) de los Convenios de La Haya de 29 de julio de 1899 (ratificado por España el 4 de septiembre de 1900) y 18 de octubre de 1907 y sus Reglamentos Anexos sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre.

Además, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional incrimina esta conducta en su artículo 8, apartado b), xii) para los conflictos armados internacionales y en el mismo artículo 8, apartado e), x) para los conflictos armados sin carácter internacional.

Propuesta de adición de un segundo párrafo

Asimismo, la propuesta de la Cruz Roja Española contenía la adición de un párrafo dirigido a castigar determinadas conductas no abarcadas por el verbo típico utilizado en el primer párrafo del precepto (*emplear u ordenar emplear*), por lo que incluso podrían ser considerados actos preparatorios no expresamente sancionados, a pesar de que se trata de acciones prohibidas por Convenciones Internacionales de las que España es Parte y de que en algunos de éstos Instrumentos se establece la obligación de castigar penalmente tales conductas.

La acción típica, cuya incriminación se solicitaba, consistía en *desarrollar, producir, almacenar, adquirir, conservar, transferir o no destruir* los siguientes tipos de armas: armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas, armas químicas y minas antipersonal.

La Convención de 10 de abril de 1972, sobre la prohibición del desarrollo, producción y almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción, ratificada por España el 1 de junio de 1979, establece en su artículo I el compromiso de no desarrollar, producir, almacenar o de otra forma adquirir o retener tales armas, destruirlas o desviarlas

hacia fines pacíficos lo antes posible (artículo II), a no traspasarlas a nadie y a no ayudar, alentar o inducir a fabricarlas o adquirirlas (Artículo III). El artículo 160 del vigente Código Penal castiga *la utilización de la ingeniería genética para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana*, dentro de los *Delitos relativos a la manipulación genética*, dando una protección penal parcial e insuficiente en relación con éste tipo de armas.

La Convención de 13 de enero de 1993 sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción, ratificada por España el 3 de agosto de 1994, determina en su artículo I que cada Estado Parte adquiere la obligación de no desarrollar, producir, adquirir de otro modo, almacenar, conservar ni transferir armas químicas, no emplearlas, no iniciar preparativos militares para su empleo, no ayudar, alentar o inducir a cualquier actividad prohibida y comprometerse a destruir las referidas armas químicas. Además, el artículo VII obliga a cada Estado Parte a promulgar leyes penales en relación con las actividades prohibidas por la Convención.

En relación con las armas químicas se promulgó en España la Ley 49/1999, de 20 de diciembre, sobre medidas de control, el Real Decreto 663/1997, sobre la Autoridad Nacional para la Prohibición de las Armas Químicas, y la Ley Orgánica 2/2000, de 7 de enero, de modificación del Código Penal en ésta materia y, concretamente, de los artículos 566 y 567, encuadrados en el Capítulo V, Sección 1.ª, relativa a la *Tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos*. Sin embargo, se considera mas sistemática la ubicación de la incriminación de todas las violaciones del Convenio sobre armas químicas, con el fin de protección de las víctimas de tales medios de combate prohibidos, en el Título XXIV dedicado a los *Delitos contra la comunidad internacional* y dentro del Capítulo III donde se castigan los *Delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado*. Y todo ello sin perjuicio de que pueda mantenerse la incriminación prevista en los vigentes artículos 566 y 567 del Código penal, en relación con las conductas que no guarden relación con los conflictos armados.

Inciendo en esta defectuosa sistemática, la L.O. 15/2003 modificó los artículos 566 y 567 del Código Penal para incriminar determinadas violaciones de las normas internacionales relativas a las armas químicas y biológicas.

La Convención de 18 de septiembre de 1997 (Tratado de Ottawa), sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción, ratificada por España el 7 de febrero de 1999, establece en su artículo 1 el compromiso para los Estados Partes de no emplear, desarrollar, producir, adquirir, almacenar, conservar o transferir minas antipersonal, no ayudar, estimular o inducir a estas activida-

des prohibidas y destruir o asegurar la destrucción de estas armas. En el artículo 9 (*Medidas de aplicación a nivel nacional*) los Estados Partes se obligan a adoptar las medidas legales, incluyendo la imposición de sanciones penales, para prevenir y reprimir cualquier actividad prohibida en la Convención.

En relación las minas antipersonal se promulgó la Ley 33/1998, de 5 de octubre, de prohibición total de minas antipersonal y armas de efecto similar.

Es de destacar que no se proponía por la Cruz Roja incriminar todas las conductas prohibidas por las expresadas Convenciones en éste segundo párrafo del artículo 609, puesto que se concretaba en el castigo de las violaciones integradas por las acciones u omisiones más graves e inequívocas (*desarrollar, producir, almacenar, adquirir, conservar, transferir o no destruir*). Otras conductas prohibidas no se incluían en el precepto, donde no olvidemos que está prevista una grave pena (diez a quince años de prisión, sin perjuicio de la que corresponda por los resultados producidos), porque se trata de formas de participación (*ayudar, estimular o inducir*) que encuentran adecuado tratamiento en la parte general del Código Penal que regula la autoría y complicidad (artículos 28 y 29) o consisten en acciones de menor gravedad que se pueden sancionar en el tipo general residual del artículo 614 del mismo Código Penal, cuya modificación también se proponía para abarcar estas conductas.

Sin embargo, el legislador penal español, a diferencia del belga (artículo 3 de la ley de 1993), no incluyó el contenido de ésta propuesta de adición al precepto de un párrafo segundo.

Artículo 611

Se han introducido modificaciones poco extensas a éste precepto, todas ellas derivadas de la ratificación por España del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Así, en el número 4.º se añade la expresión *confine* como acción alternativa a la conducta consistente en la detención ilegal, con objeto de mejorar la protección de las víctimas a quienes se restrinja ilegalmente su libertad. Se coordina de esta forma este crimen con la redacción del artículo 8, número 2, apartado a), vi) del Estatuto de Roma que incluye una referencia expresa al confinamiento ilegal.

Además, se adiciona al número 4.º el párrafo siguiente: *o la utilice para poner ciertos puntos, zonas o fuerzas militares a cubierto de los ataques de la Parte adversa*. Conducta que se incrimina en el artículo 8, apartado 2, b), xxiii) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y

que tiene suficiente base convencional en la prohibición contenida en el artículo 27 del IV Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y en el artículo 51, apartado 7, del Protocolo I Adicional de 1977 .

En el número 5.º de éste artículo 611, se añade la expresión *directa o indirectamente*, para ajustar el precepto de una manera mas fiel al texto del artículo 8, número 2, apartado b), viii) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Por el contrario no prosperó la propuesta de adicionar un número 8.º para castigar a quien *declare abolidos, suspendidos o inadmisibles ante un Juez o Tribunal los derechos y acciones de los nacionales de la parte adversa*. Y ello, a pesar de que esta conducta se corresponde con la incriminada en el artículo 8, número 2, apartado b), xiv) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. El fundamento de esta incriminación es el artículo 23, apartado h) de las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907 y Reglamento Anexo sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre.

Al publicar en el BOE (n.º 283, de 26-11-2003) la modificación de este artículo por L.O.15/2003, se incurre en el error de considerar como nuevos los números 4.º y 5.º, cuando son simples modificaciones de los mismos apartados, por lo que su contenido se duplica con la redacción anterior en los correlativos 6.º y 7.º y, seguidamente, se altera sin necesidad la numeración de los antiguos 6.º y 7.º, que pasan a ser los números 8.º y 9.º Esperemos que pueda subsanarse en la correspondiente corrección de errores

Artículo 612

Realmente hubiera sido necesario introducir numerosas modificaciones en este extenso precepto, a la vista del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y de otros instrumentos convencionales como el Protocolo Facultativo de 25 de mayo de 2000 de la Convención de 1989, sobre los derechos del niño, relativo a la participación de los niños en los conflictos armados, los Convenios de La Haya de 1899 y 1907, y la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y Personal Asociado de 1994. La modificación realizada por la Ley Orgánica 15/2003 puede calificarse de insuficiente.

Número 1.º

En el número 1.º se ha ampliado la protección penal a los *hospitales, instalaciones o material*, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 8,

número 2, apartado b), ix) y xxiv) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional para los conflictos armados internacionales y en el artículo 8, número 2, apartado e) iii) y iv) para los conflictos armados sin carácter internacional. Los incisos ix) y iv) se refieren, entre otros, a los *hospitales* y los xxiv) y iii) a los *edificios y material*. Sin embargo, se ha preferido el término *instalaciones* en lugar de *edificios* por describir con mayor amplitud los lugares protegidos por su relevancia para la asistencia sanitaria.

Número 2.º

Se ha añadido al número 2.º del precepto la siguiente frase: *o contra el personal habilitado para usar los signos o señales distintivos de los Convenios de Ginebra, de conformidad con el derecho internacional*. La justificación de esta adición hay que buscarla también en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, cuyo artículo 8, número 2, apartado b), xxiv) para los conflictos armados internacionales y apartado e), ii) para los conflictos armados sin carácter internacional, emplean esta expresión para ampliar la protección a toda persona autorizada (*habilitada*) para utilizar dichos *signos o señales* (términos más acordes que el de *emblemas*, según el artículo 8 del Protocolo I de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra) de acuerdo con el Derecho Internacional Humanitario.

Número 3.º

La modificación de éste número ha consistido en eliminar del texto anteriormente vigente la frase *«prostitución inducida o forzada o cualquier forma de atentado a su pudor»*. Realmente resulta poco comprensible esta reforma, no propuesta por Cruz Roja Española, a la vista del contenido de los Convenios de Ginebra y del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Quizás esta omisión sea consecuencia de la decisión de no incluir el párrafo correspondiente a las violencias sexuales, incorporado a la propuesta. Desde luego resulta insuficiente la alusión final del precepto que se refiere a las violaciones de las prescripciones sobre protección especial de mujeres y niños establecidas en los tratados internacionales en los que España fuere parte. Hay que tener en cuenta que los atentados o violencias sexuales han merecido en el Estatuto de la Corte Penal Internacional la tipificación de estas conductas tanto como crimen de lesa humanidad en el artículo 7.1.g), como crimen de guerra en el ar-

título 8.2, b), apartado xxii y d), apartado vi. A pesar del confesado propósito del legislador penal español de «coordinar nuestra legislación interna con las competencias de la Corte Penal Internacional» (Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 13/2003), no se tuvo en cuenta la propuesta concreta de incriminar las violencias sexuales como crímenes de guerra formulada por Cruz Roja Española para el artículo 612.

Otros números del precepto no modificados

La Cruz Roja Española proponía que, al final del número 3.º del artículo se añadiera la siguiente frase: *y, en particular, reclute o alisté obligatoriamente a menores de 18 años o los utilice para participar directamente en las hostilidades*. Inicialmente la razón de ésta modificación nace del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional que, en su artículo 8, número 2, apartado b), xxvi) para los conflictos armados internacionales y apartado e), vii) para los conflictos armados sin carácter internacional, arbitra una protección penal específica para los niños que participan en las hostilidades. Pero la Propuesta, en consonancia con la postura de la Misión de España en la Conferencia Diplomática de Roma y con nuestra legislación interna (penal y administrativa), se basa en los artículos 1 y 2 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos del niño, relativo a la participación de niños en los conflictos armados, de 25 de mayo de 2000, firmado y ratificado por España. La propuesta lamentablemente no prosperó y el precepto quedó inalterado por lo que se refiere a la protección de los niños en los conflictos armados. El Proyecto de Ley Penal Especial de Argentina, por el contrario, incrimina el reclutamiento, alistamiento o participación activa en las hostilidades de niños menores de 18 años.

En la Propuesta de la Cruz Roja Española, el número 4.º del texto vigente pasaba a constituir el número 6.º, al adicionarse unos nuevos números 4.º y 5.º, que se justificaban como a continuación se expone.

El nuevo número 4.º propuesto se basaba en el artículo 8, número 2, apartado b), xxii) para los conflictos armados internacionales y apartado e), vi) para los conflictos armados sin carácter internacional, ambos del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Se había tomado de estas normas el texto, con ligeros retoques para mantener algunas expresiones como *prostitución inducida o forzada o cualquier forma de atentado a su pudor*, que figuraban en el número 3.º del artículo 612 del Código Penal. El fundamento del castigo de éstas conductas hay que buscarlo en el artículo 27 del IV Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949. El

texto que fue rechazado por el legislador penal español incriminaba «los actos de violación, esclavitud sexual, prostitución inducida o forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual o atentado a su pudor, que constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra». Como hemos expresado ya, no se entiende fácilmente esta preterición de tipos criminales del Estatuto de Roma, consolidados por abundante jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales de la ex Yugoslavia y Ruanda y que, paradójicamente, se incriminan en el artículo centésimo sexagésimo de la misma ley como delitos de lesa humanidad. Tales crímenes se recogen puntualmente en el Código de Derecho Penal Internacional de Alemania, en la Ley sobre Crímenes Internacionales de los Países Bajos y en el Proyecto de Ley Penal Especial de Argentina.

La justificación de la propuesta en relación con un nuevo número 5.º del precepto, que tampoco prosperó, hay que buscarla asimismo en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, cuyo artículo 8, número 2, apartado b), xxv) para los conflictos armados internacionales, incrimina las conductas de provocar intencionadamente la inanición de la población civil como método de hacer la guerra y obstaculizar los suministros de socorro. No obstante, en la propuesta se ha preferido emplear la expresión *hacer padecer intencionadamente hambre* por ajustarse más exactamente a los términos del artículo 54 del Protocolo I de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra y artículo 14 del Protocolo II Adicional de 1977. Así pues, la redacción que se propuso sin éxito fue la siguiente: 5.º *Hiciere padecer intencionadamente hambre a la población civil como método de hacer la guerra, privándola de los objetos indispensables para su supervivencia, incluido el hecho de obstaculizar, del mismo modo, los suministros de socorro, realizados de conformidad con los Convenios de Ginebra*. Tal delito se tipifica en la Ley sobre Crímenes Internacionales de los Países Bajos, en el Código de Derecho Penal Internacional de Alemania y en el Proyecto de Ley Penal Especial de Argentina.

De prosperar la modificación solicitada, los números 4.º, 5.º y 6.º del vigente artículo 612 hubieran pasado a integrar en la Propuesta los números 6.º, 7.º y 8.º del precepto, con el mismo contenido.

Tampoco fue acogida por el legislador penal español la propuesta de añadir un nuevo párrafo con la siguiente redacción: 9.º) *Viole suspensión de armas, armisticio, capitulación u otro convenio celebrado con la Parte adversa*. Se trataba de un precepto tomado del artículo 72 del Código Penal Militar, norma que se aplica únicamente a militares, por lo que resul-

taba necesario incriminar esta conducta con carácter general para evitar una laguna legal, puesto que estas acciones pueden tener como sujeto activo a quien no tenga la condición de militar. El fundamento convencional de este delito se puede encontrar en los artículos 35 a 41 de los Convenios de La Haya de 1899 y 1907 y su Reglamento Anexo sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre.

Igualmente fue ignorada la propuesta de añadir un nuevo número 10.º con la siguiente redacción: *Dirija intencionadamente ataques contra el personal, instalaciones, material, unidades, residencia privada o vehículos de cualquier miembro del personal de las Naciones Unidas, personal asociado o participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a personas o bienes civiles, con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados, o les amenazare con tal ataque para obligar a una persona natural o jurídica a realizar o abstenerse de realizar algún acto.* En el texto ofrecido se había respetado inicialmente la estructura del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional que incluye este crimen en el artículo 8, número 2, apartado b), iii) para los conflictos armados internacionales y en el apartado e), iii) para los conflictos armados sin carácter internacional. Como se ha indicado antes, en la justificación del artículo 608, número 6.º, nació de una propuesta de España en la Conferencia Diplomática de Roma y tiene su fundamento convencional en el artículo 9 de la Convención de 9 de diciembre de 1994, sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado, ratificada por España. Se incluyeron también en el texto propuesto algunos elementos del citado artículo 9 de la Convención de 1994, como las alusiones a la *residencia privada*, a *cualquier miembro del personal de las Naciones Unidas o personal asociado* y la incriminación de *las amenazas de ataques*.

Se había entendido que el término *ataques* comprende los que se perpetren contra la integridad física o la libertad de las personas protegidas en este delito. En el supuesto de homicidio o grave peligro para la integridad de las víctimas sería de aplicación el artículo 609 del mismo Código Penal, dada la condición de *personas protegidas* de los sujetos pasivos del ataque, teniendo en cuenta que la sanción allí prevista se impone *sin perjuicio de la pena que pueda corresponder por los resultados lesivos producidos*.

Por otra parte, otras conductas previstas en el artículo 9 de la citada Convención de 1994, como la tentativa (apartado d), la complici-

dad o los actos de organización o dación de órdenes a terceros para la comisión de tal ataque (apartado e), quedaban suficientemente inculminadas por la aplicación de la parte general del Código Penal que regula la participación a título de autor (por medio de otro, por inducción o cooperación necesaria) o de cómplice (artículos 28 y 29) y la tentativa (artículo 16).

Artículo 613

La modificación de mayor envergadura que aparece en éste artículo consiste en la nueva redacción de su número 1 para recoger, al lado de las conductas que implicaban violaciones del Convenio de La Haya de 1954 sobre protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado y del artículo 53 del Protocolo I de 1977 Adicional a los Convenios de Ginebra, la protección penal establecida en el Segundo Protocolo de la citada Convención de La Haya, adoptado el 26 de marzo de 1999 y, como ya se ha dicho, ratificado por España el 6 de julio de 2001. La protección reforzada que se determina en tal Protocolo se refleja al inculminar esta nueva conducta en el apartado a) del artículo 613. Sin embargo, la modificación del Código penal no recoge la «*apropiación a gran escala, robo, saqueo, utilización indebida o actos de vandalismo*» contra los bienes culturales protegidos o «*la utilización de los bienes culturales bajo protección reforzada o sus alrededores inmediatos en apoyo de acciones militares*», inculminaciones que figuraban en la propuesta de la Cruz Roja Española.

El fundamento convencional de la modificación hay que buscarlo en los artículos 10 a 14 y, particularmente, 15 del citado Segundo Protocolo de 1999, que establece la obligación de cada Estado Parte de tipificar como delitos las infracciones indicadas y sancionarlas con penas adecuadas. Norma que viene a completar la obligación dimanante del artículo 28 del Convenio de La Haya de 1954 y artículo 85, número 4, apartado d) del Protocolo I de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra.

La propuesta contenía un nuevo número 3 para castigar como delito al que: 3. *Requisare indebida o innecesariamente edificios u objetos muebles en territorio ocupado o capturar o destruyere buque mercante o aeronave comercial con infracción de las normas sobre el derecho de captura o presa*. Se trata de un precepto tomado del artículo 74 del Código Penal Militar, norma que se aplica exclusivamente a militares, por lo que resulta

necesario incriminar estas conductas con carácter general para evitar una laguna legal, puesto que éstas acciones pueden tener como sujeto activo a quien no tenga la condición de militar. El fundamento convencional de este crimen se puede encontrar en el artículo 52 de las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907 y en el Reglamento Anexo sobre las Leyes y Costumbres de la guerra (requisas), así como en XI de La Haya de 1907 sobre ciertas restricciones en cuanto al ejercicio del derecho de captura en la guerra marítima. Sin embargo, esta propuesta no fue acogida por el legislador penal español.

Artículo 614

La única modificación que se proponía en éste artículo, calificado como tipo general o residual con la estructura propia de una ley penal en blanco, consistía en la adición de la expresión *o regulación de medios o métodos de combate*. Sin embargo, el legislador español no modificó este precepto.

El fundamento residía en la conveniencia de incriminar determinadas infracciones no tipificadas en el artículo 610, que supongan violaciones de los Convenios Internacionales que regulan estas materias, como las ya citadas Convención de 1972, sobre armas biológicas o bacteriológicas, la Convención de 1993, sobre armas químicas, o la Convención de 1997, sobre minas antipersonas. Sin descartar otras infracciones (distintas del empleo de ciertas armas) de la Convención de 1980 sobre armas convencionales de efectos excesivos o indiscriminados, con sus cinco Protocolos y el Protocolo enmendado de 1996 o violaciones (distintas del empleo) del Convenio de 1976, sobre técnicas de modificación ambiental, todos ellos ratificados por España. En estos supuestos la redacción vigente difícilmente abarca estas infracciones al referirse a los Tratados Internacionales sobre la conducción de las hostilidades.

Artículo 614 bis

La reforma del Código penal que comentamos introduce con éste nuevo precepto una agravante específica para los crímenes de guerra, con fundamento en el artículo 8 del Estatuto de Roma, consistente en la aplicación de las respectivas penas en su mitad superior cuando las conductas incriminadas formen parte de un plan o política o se cometan a gran escala.

VI. LA RESPONSABILIDAD DE LOS SUPERIORES JERÁRQUICOS

CAPÍTULO IV (*Disposiciones comunes*)

Artículo 615 bis

1. La razón de la reforma

Este nuevo y extenso artículo se introduce en el Capítulo IV («Disposiciones comunes») del Título XXIV del libro II del Código penal, pero sólo afecta a los capítulos II (genocidio), II bis (delitos de lesa humanidad) y III (delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado), dejando fuera de su ámbito de aplicación a los delitos previstos en el capítulo I (delitos contra el derecho de gentes).

Se trata de una disposición que incorpora a nuestro Código Penal el contenido del artículo 28 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Se entiende, con razón, que no resulta suficiente la regulación de la *comisión por omisión* del artículo 11 del Código Penal, al establecer determinados requisitos (como el juicio de equivalencia) que limitan su aplicación en la práctica. La novedad del precepto merece un estudio más detallado de este tipo de responsabilidad, de gran importancia para el Derecho penal militar y para el Derecho Internacional.

2. Antecedentes

En efecto, una de las cuestiones más debatidas en el Derecho Penal Internacional es el examen de la responsabilidad criminal de los superiores jerárquicos que consienten o no impiden la comisión de violaciones graves de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario por parte de sus subordinados. Imputación de responsabilidad que, por otra parte, integra un mecanismo fiable para garantizar la eficacia de las normas protectoras de la persona humana y de las víctimas de la guerra, pues constituye a estos superiores en garantes de su cumplimiento.

Al finalizar la Segunda Guerra Mundial se planteó ante los Tribunales penales la cuestión de la responsabilidad penal de los superiores, cuyas sentencias establecieron las condiciones de esta incriminación. Son clásicos el Caso Yamashita, el Caso del Alto Mando alemán, el Asunto de los Rehenes en territorio ocupado y el caso Meyer.

Por parte de expertos del Comité Internacional de la Cruz Roja, se resume el mecanismo de la responsabilidad de los superiores en la concurrencia de los requisitos siguientes:

- Que se trate de un superior o persona con autoridad sobre sus subordinados.
- Que el superior supiera o debería haber sabido que el crimen se iba a cometer o se estaba cometiendo.
- Que el superior poseyera la autoridad necesaria para impedir o hacer cesar la conducta criminal.

Hay que recordar, muy especialmente, que el artículo 86.2 del Protocolo I de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra dispone lo siguiente: «El hecho de que la infracción de los Convenios o del presente Protocolo haya sido cometida por un subordinado no exime de responsabilidad penal o disciplinaria, según el caso, a sus superiores, si estos sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción y si no tomaron todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción».

Ahora bien, los específicos deberes de los Jefes militares en orden a tomar las medidas necesarias para impedir, reprimir y denunciar las infracciones del Derecho internacional humanitario (Convenios de Ginebra y sus Protocolos), están establecidos en el artículo 87 del Protocolo I antes citado. Se trata de un deber de prevención (impedir o hacer cesar las violaciones del derecho de los conflictos armados) y de represión (castigar los crímenes de guerra o denunciarlos). Cabe pues preguntarse si estos superiores pueden incurrir en responsabilidad penal a título de autores, como una de las formas de participación criminal. Hablamos de una clase de acción penalmente relevante: la comisión por omisión.

3. El Derecho penal español

El artículo 11 del Código penal de 1995 dispone que los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.

Puede resultar útil el análisis de éste precepto en relación con los supuestos de responsabilidad de los superiores jerárquicos. En efecto, esta-

blecida para tales superiores la específica obligación convencional de actuar (arts. 86.2 y 87 del Protocolo I de 1977) la omisión de tal deber se equipara a la acción cuando la no evitación del resultado equivalga (juicio de equivalencia) a su causación. Y esto solo sucede cuando la intención del superior abarca la producción del resultado lesivo.

En el ordenamiento penal español existen al menos tres preceptos que, de un modo residual o incompleto, pueden evitar la impunidad de estas conductas criminales de los superiores. Así el artículo 137 del Código Penal Militar castiga con la pena de tres meses y un día a cuatro años de prisión al militar con mando que tolerare a sus subordinados cualquier abuso de autoridad o extralimitación de facultades o no procediere con la energía necesaria para impedir un delito militar, entre los que se encuentran los delitos contra las leyes y usos de la guerra (Arts. 69 a 78). Y entre éstos últimos, el artículo 78 del Código Penal Militar es un tipo residual que, al sancionar penalmente, «cualesquiera otros actos contrarios» a las normas del derecho internacional humanitario, incrimina la violación del deber impuesto a los superiores por el mencionado artículo 87 del Protocolo I. Interpretación que también puede sostenerse en relación con el artículo 614 del Código penal, tipo residual muy similar e igualmente aplicable a «cualesquiera otras infracciones o actos contrarios» a las citadas normas. En uno u otro caso, la escasa entidad de la pena (como corresponde a tipos residuales) para castigar hechos que pueden alcanzar una gravedad considerable y la exclusión de la comisión imprudente, aconsejan la inclusión en nuestro ordenamiento penal de un precepto que regule de modo específico la responsabilidad criminal de los superiores jerárquicos. Sin duda la ocasión más propicia fue la conveniente (e incluso necesaria) reforma de nuestro Código Penal, como consecuencia de la ratificación por España (el día 24-10-2000) del Estatuto de Roma, por L.O. 15/2003.

4. Los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda

Acaso por esta respuesta fragmentaria del Derecho penal interno de los Estados, el artículo 7.3 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (Resolución 827 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de 25-5-1993) estableció que el hecho de que cualquiera de los crímenes de la competencia del Tribunal haya sido cometido por un subordinado no eximirá de responsabilidad penal a su superior si éste sabía o tenía razones para saber que el subordinado iba a cometer tales actos o los había cometido y no adoptó las medidas necesarias y razonables para

impedir que se cometieran o para castigar a quienes los perpetraron.

Por lo que se refiere a la existencia de la relación jerárquica, la sentencia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia de 16-11-1998 (Zejnil Delalic, Zoravko Mucic, Hazim Delic y Esad Landzo), en el caso del Campo de Celebici , estableció que la posición de mando no debe ser necesariamente un poder «de iure», por lo que no se exige la estructura formal propia de las fuerzas armadas regulares. Se trataba de comandos no regulares integrados por personas que no estaban oficialmente bajo la autoridad de sus jefes o superiores, militares o civiles. Al derrumbarse las organizaciones legales en los conflictos desestructurados, el Tribunal entendió que basta una estructura informal, pero con un «umbral»: no responden estos superiores cuando «de facto» cesan en su control.

En cuanto al elemento subjetivo, la sentencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda de 2-9-1998 en el caso de Jean Paul Akayesu analiza todas las formas de responsabilidad, que comprende tanto la intención maliciosa («sabía») o la negligencia grave («tenía razones para saber»), comportamiento culposo que pudiera abarcar los casos en que el superior poseía información que le avisaba del riesgo inminente de la comisión de crímenes en el ámbito de su responsabilidad (posición de garante), por lo que le sería exigible el deber de investigación, constituyendo así la conducta pasiva una omisión negligente punible.

5. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional

El artículo 28 del Estatuto de Roma regula también la responsabilidad de los jefes y otros superiores. Y, en efecto, distingue dos clases de superiores jerárquicos:

- El jefe militar (o el que actúe efectivamente como jefe militar), responsable de los crímenes cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo.
- El superior que tiene con sus subordinados una relación distinta al jefe militar, responsable de los crímenes cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo. En este segundo supuesto puede tratarse de una relación jerárquica entre funcionarios de Policía o también de fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados no gubernamentales en un conflicto armado no internacional.

En uno u otro caso el superior jerárquico responde penalmente por los crímenes de la competencia de la Corte cometidos por su subordinados, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre tales subordinados,

siempre que no hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

Ahora bien, son necesarios además otros requisitos para la exigencia de tal responsabilidad. En el caso de los jefes militares, es preciso que el superior «hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos». Es decir, responden también por una conducta negligente («hubiere debido saber»).

Por el contrario, en el supuesto de la responsabilidad penal de otros superiores no militares sólo se incrimina la conducta intencional (que podría abarcar el dolo eventual, pero nunca la conducta imprudente), consistente en haber tenido conocimiento o deliberadamente haber hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos. Y se añade una condición (objetiva) más: que los crímenes guarden relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo.

6. Los ejemplos de la legislación extranjera

Ya la Ley belga de 1993 castigaba con la misma pena prevista para la infracción consumada la conducta omisiva por parte de quienes hubieren tenido conocimiento de órdenes dadas para la ejecución de uno de los crímenes o de hechos que se inicien en su ejecución, cuando hubieran podido impedir la consumación de estos delitos o ponerles fin. La Ley de Canadá de 2000, en sus artículos 5 y 7 traslada el contenido del artículo 28 del Estatuto de Roma, incluyendo la punición de la conducta imprudente.

El parágrafo 4 del Código de Derecho Penal Internacional de Alemania de 2002 regula la responsabilidad de los jefes militares y de otros superiores jerárquicos, castigándoles como autores del acto cometido por el subordinado (comisión por omisión). El precepto impide además la aplicación del Código penal alemán (parágrafo 13. 2) que establece una atenuante facultativa de la pena para los supuestos generales de comisión por omisión. Asimismo, los párrafos 13 y 14 del mismo Código del 2002 incriminan la violación, dolosa o culposa, de la obligación de vigilancia de los superiores sobre sus subordinados y la omisión de denunciar la comisión de tales crímenes.

La Sección 9 de la Ley sobre crímenes internacionales de los Países Bajos de 2003, castiga con las penas previstas para cada delito la respon-

sabilidad dolosa de los superiores que intencionadamente omitan adoptar las medidas para impedir la comisión de los crímenes por sus subordinados. Se establece también una responsabilidad penal por negligencia. El Proyecto de Ley Penal Especial de Argentina traduce fielmente el art.28 del Estatuto de Roma.

7. El abigarrado nuevo texto del art. 615 bis del C. penal

El nuevo artículo 615 bis, que incorpora al Código penal la Ley Orgánica 15/2003, es de una gran complejidad no exenta de una cierta incongruencia. La complejidad no se deriva de la descripción de las conductas punibles, puesto que el legislador español se ha limitado a reproducir el texto del artículo 28 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, sin realizar siquiera un esfuerzo para simplificar la acción típica para lo que le bastaba haber seguido la propuesta formulada por el Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española. El carácter abigarrado del precepto nace de la acumulación de seis tipos delictivos, a saber:

1.º Responsabilidad penal dolosa, por comisión por omisión, imputable a la autoridad, jefe militar o quien actúe efectivamente como tal, por no adoptar las medidas a su alcance para evitar la comisión (por las fuerzas sometidas a su mando o control efectivo) de un delito de genocidio, de lesa humanidad o crímenes de guerra (delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado). Será castigado con la misma pena que los autores. El tipo delictivo no hace mención expresa a un requisito exigido por el artículo 28 del Estatuto de Roma, consistente en la necesidad de que el jefe militar «hubiese sabido» (o debido saber) que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos.

2.º Responsabilidad penal por negligencia grave, cuando la falta de adopción de las medidas al alcance de la autoridad o jefe militar se produzca como consecuencia de una conducta gravemente imprudente. Quiere traducir así el contenido del artículo 28 del Estatuto de Roma cuando incrimina la conducta del superior que «hubiera debido saber» o por imprudencia grave no hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir la comisión de tales crímenes. Será castigado con la pena inferior en uno o dos grados.

3.º Responsabilidad penal dolosa de la autoridad o jefe militar (o quien actúe efectivamente como tal) por no adoptar las medidas a su alcance para que sean perseguidos los delitos de genocidio, lesa humanidad o crímenes de guerra cometidos por las personas sometidas a su

mando o control efectivo. La pena será inferior en dos grados a los autores. Se trata de una forma de encubrimiento o, mas exactamente, una omisión del deber de promover la persecución de los delitos (artículos 408 y 450 del Código penal), muy emparentada (salvo por el sujeto activo) con el tipo delictivo previsto en el último apartado de este artículo.

4.º Responsabilidad penal dolosa, por comisión por omisión, imputable al superior no comprendido en apartados anteriores (es decir un superior no militar pero dotado de un poder jerárquico de derecho o de hecho sobre sus subordinados) que, en el ámbito de sus competencias (más técnicamente dice el Estatuto de Roma: «Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo»), no adoptara las medidas a su alcance para evitar la comisión por sus subordinados de un delito de genocidio, lesa humanidad o crimen de guerra. Tampoco aquí exige el tipo penal el requisito expresado por el artículo 28 del Estatuto de Roma, consistente en que «hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiese hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos». Será castigado con la misma pena que a los autores. No se incrimina, en este supuesto, la conducta gravemente imprudente.

5.º Responsabilidad penal dolosa del superior no militar por no adoptar las medidas a su alcance para que sean perseguidos los delitos de genocidio, lesa humanidad o crímenes de guerra cometidos por sus subordinados. Se trata, como antes señalamos, de una omisión del deber de promover la persecución de los delitos. Se castiga con la pena inferior en dos grados a la de los autores.

6.º Responsabilidad penal dolosa del funcionario o autoridad que, sin incurrir en las conductas anteriores y faltando a la obligación de su cargo, dejara de promover la persecución de un delito de genocidio, lesa humanidad o crimen de guerra, de que tenga noticia. La diferencia con los tipos anteriores estriba en que éste funcionario o autoridad no tienen el mando o control efectivo de la fuerza o la subordinación directa de los autores de tales delitos y, por tanto, su responsabilidad deriva del conocimiento y de la infracción de su deber de perseguir los delitos, pero no son garantes de la conducta de sus subordinados al no ejercer el mando. En todo caso este nuevo delito es prácticamente idéntico al ya previsto en el artículo 408 del Código penal, del que se diferencia por la agravación de la pena prevista que aquí consiste en inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años.

Hemos escrito que, además de complejo, este delito adolece de cierta incongruencia. Y ello porque no cabe duda de que, en los casos de la responsabilidad de un jefe militar, se incrimina en el código común un eviden-

te delito militar, que pertenece al ámbito estrictamente castrense, en particular en los supuestos de crímenes de guerra que se cometen en tiempo de conflicto armado. Parece, en efecto, incoherente que los crímenes de guerra cometidos por los militares subordinados se castiguen en el Código Penal Militar (artículos 69 a 78, delitos contra las leyes y usos de la guerra) y los derivados de la responsabilidad del mando militar se incriminen como delitos comunes. Pero es que, además, la falta de técnica legislativa queda en evidencia al tratarse de un supuesto de comisión por omisión, donde se castiga al jefe militar por no evitar la comisión de un delito común (de genocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes en caso de conflicto armado) por sus subordinados militares. Pero éstos, por razón de la condición militar del sujeto activo del delito, no incurrirían en la comisión de los delitos previstos en el capítulo III del Título XXIV del Código penal, sino en los supuestos incriminados en los artículos 69 a 78 del Código Penal Militar, en la mayoría de los casos. Se producirá así una situación indeseable de concurso de leyes, de difícil interpretación. A ello hay que añadir que el artículo 137 del Código Penal Militar castiga al militar con mando de fuerza no procediere con la energía necesaria para impedir un delito militar, tipo delictivo que podría entrar en una relación de alternatividad con los mencionados tipos comunes. Una buena ocasión perdida para coordinar los delitos comunes y los militares, así como un argumento mas a favor de la oportunidad de una ley penal y procesal especial para castigar los crímenes internacionales, que pudiera ser aplicada por la jurisdicción ordinaria o la militar.

VII. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA OBEDIENCIA JERÁRQUICA

Artículo 616 bis

1. La reforma de la eximente de cumplimiento de un deber

El precepto incorpora a nuestro Código Penal, dentro del Capítulo IV «Disposiciones comunes», parte del contenido del artículo 33 (*Ordenes superiores y disposiciones legales*) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Se trata de una norma limitativa y especial relacionada con la aplicabilidad del error de prohibición regulado en el artículo 14, apartado 3 del Código Penal y, de forma más remota, con la circunstancia eximente de cumplimiento de un deber, prevista en el número 7.º del artículo 20 del mismo Código Penal. Pero es justamente ésta eximente la única citada en el nuevo

artículo y precisamente para determinar que esta norma no resulta aplicable a los crímenes de *genocidio* y *crímenes de lesa humanidad*. Como veremos a continuación, el legislador penal español no ha entendido muy bien el sentido del precepto del Estatuto de Roma, ni la verdadera naturaleza de la eximente de obediencia jerárquica. Basta para ello leer la regulación actual del Código alemán de Derecho Penal Internacional (parágrafo 3), el artículo 5 de la ley belga, la sección 11 de la ley penal de los Países Bajos, el artículo 14 de la ley de Canadá o el artículo 12 del Proyecto de Ley Penal Especial de Argentina.

2. *Determinaciones previas*

Toda la actividad del Estado, escribe H.H. JESCHECK, se realiza mediante órganos que ordenan y órganos que ejecutan, al encontrarse el personal (militar o funcionario) en una relación jerárquica de la que deriva la potestad de mando y su correlativo deber de obediencia. Ahora bien, el deber de obediencia descansa en la existencia de mandatos vinculantes (órdenes) y al emanar la orden del superior competente, el mandato goza de la presunción de juridicidad o conformidad a derecho.

Naturalmente para que se trate de un mandato vinculante debe reunir la orden una serie de requisitos formales (competencia del superior y forma adecuada) y materiales (no violar manifiestamente el ordenamiento jurídico ni imponer una conducta contraria a la dignidad humana o al derecho internacional humanitario), que son recogidos por los artículos 19 y 21 del Código Penal Militar, artículo 34 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, artículo 5 de la L.O. 2/1986 y artículo 410.2 del Código penal.

Para esta postura hay mandatos antijurídicos obligatorios, porque la ley (en casos poco importantes) valora más el deber de obediencia del subordinado que el deber de respeto al resto del ordenamiento jurídico y, en consecuencia, si el cumplimiento de la orden constituye un delito, el mandato vinculante se convierte para el subordinado en una causa de justificación, aunque el contenido de la orden vinculante sea antijurídico.

Por el contrario, un mandato sin fuerza vinculante no puede justificar nunca una conducta delictiva y solo puede tener efectos exculpatorios. Pero, en todo caso, el subordinado responde penalmente cuando advierte que la ejecución constituye delito o cuando resulta evidente según sus conocimientos. Así pues, el militar no resulta exculpado si la contrariedad a la ley de la orden puede ser advertida por cualquier persona.

No hay base para la exculpación si no se han cumplido los requisitos formales de la orden (emanar de un superior, referirse al servicio y revestir

la forma adecuada) o si el inferior sabe que su ejecución entraña un delito. En resumen, los límites del efecto exculpatario de una orden no vinculante radican en que sólo puede eximir de responsabilidad si el subordinado creyó que la orden era vinculante y era posible considerarla así.

Naturalmente también el miedo insuperable, coacción o amenaza graves, pueden exculpar al subordinado que ejecuta un mandato constitutivo de un crimen de la competencia de la Corte, según el apartado d) del artículo 31 del Estatuto (estado de necesidad coactivo).

Esta eximente de obediencia jerárquica, por otra parte, ha sido tradicionalmente rechazada en el enjuiciamiento de los crímenes internacionales, particularmente en el castigo de los crímenes de guerra. Así, únicamente se puede aplicar la eximente de obediencia en el caso de órdenes que no sean manifiestamente ilegales o en supuestos de error de prohibición, respecto de crímenes internacionales (violaciones del derecho internacional humanitario), en los códigos o leyes penales de Italia, Bélgica, R.F. de Alemania, Canadá, Brasil, Yugoslavia, Dinamarca, Grecia, Finlandia, Iran, Irlanda, Noruega, Holanda, Rusia, Suecia, Suiza, Estados Unidos de América y España. La obediencia jerárquica puede ser apreciada como atenuante en Argentina, China, Reino Unido y Estados Unidos de América, así como en los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda.

3. La regulación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional

Estos precedentes u otras reflexiones han llevado al Estatuto de Roma a regular en su artículo 33 la eximente de obediencia jerárquica bajo el epígrafe de «Órdenes superiores y disposiciones legales», mientras que el legislador penal español suprimía tal circunstancia de exención del Código penal de 1995, aunque no del Código Penal Militar.

El presupuesto del que parte la norma estatutaria es el cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, que entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte.

En todo caso la virtualidad exculpatoria de la obediencia jerárquica en el Estatuto es excepcional. Y ello porque, en primer lugar, se formula una regla general de forma negativa («Una persona que haya cometido un crimen de la competencia de la Corte en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, no será eximida de responsabilidad penal...») seguida de una excepción («...a menos que...») condicionada a la existencia de los tres requisitos que detalla. En segundo término porque, en la práctica, la eximente sólo será aplicable a los crímenes de guerra (o al

«non nato» crimen de agresión), puesto que el mismo precepto en su número 3 se encarga de establecer una presunción legal de que «las órdenes para cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas», lo que impide la concurrencia en tales crímenes del tercer requisito exigido por la norma: Que la orden no fuera manifiestamente ilícita.

Con sobrada razón pudiera pensarse que el Estatuto ha querido decir que tal presunción no admite prueba en contrario, lo que es criticable pues establece una distinción improcedente entre los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, a efectos de la manifiesta ilicitud de las órdenes superiores para cometerlos. Basta leer el apartado xxi), letra b), número 2 del artículo 8 del Estatuto («Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado...») y comparar estos crímenes de guerra con las mismas acciones que se tipifican en el artículo 7.1.g) como crímenes de lesa humanidad, para concluir que carece de sentido estimar que una orden para cometerlos debe presumirse manifiestamente ilícita en un supuesto y no en otro casi exacto.

Si buscamos el ejemplo de la deportación o traslado forzoso de población (crimen de lesa humanidad y también crimen de guerra) nos encontraremos con preceptos casi idénticos, en los que no deja de presentar fundadas dudas la proclamación de que todos los mandatos emitidos (ordenando la comisión de tal crimen de lesa humanidad) revisten el carácter de «manifiestamente ilícitos», puesto que el propio precepto (artículo 7.2.d) del Estatuto) al definir la «deportación o traslado forzoso de población» se ha visto obligado a excepcionar algunos casos, añadiendo: «...sin motivos autorizados por el derecho internacional». Son posibles pues órdenes no manifiestamente ilícitas cuando existan dudas sobre si determinados motivos para el traslado forzoso de población están o no autorizados por el derecho internacional.

Esta irracional distinción entre los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, tantas veces rechazada por el Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, ha tratado de abrirse paso, con poco éxito ciertamente, en la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda.

4. Los requisitos de la eximente

En el artículo 33 del Estatuto de Roma, que analizamos, se exige para la eximente de obediencia jerárquica la concurrencia imprescindible de tres requisitos.

El primero es fundamentalmente formal y hace referencia a la relación jerárquica que debe existir entre el superior de quien emana el mandato y el subordinado en quien debe concurrir el deber de obediencia . De manera que la orden debe ser dada por un superior jerárquico (es decir: El gobierno o un superior, sea militar o civil), dentro de la esfera de su competencia y en relación con asuntos del servicio (que implica que la orden se encuentre dentro de las atribuciones que legalmente correspondan al superior, pues fuera de ellas no existe deber de obediencia), es necesario que se comunique el mandato en la forma adecuada (normalmente se puede exigir por escrito si la ejecución de la orden compromete la responsabilidad del subordinado) y es preciso que se trate de una orden concreta (para llevar a cabo u omitir una actuación específica) y de un mandato inequívoco y terminante (algo distinto al mero asesoramiento o consejo). Finalmente, es imprescindible que el deber de obediencia derivado de la relación jerárquica se encuentre establecido por ley.

El segundo requisito se adentra ya en el contenido del mandato, puesto que es necesario que el subordinado «no supiera que la orden era ilícita», lo que describe un clásico e invencible error de prohibición. A este requisito se refería, con ancestral terminología, el derogado Código de Justicia Militar español cuando excluía la eximente de obediencia debida si se había prestado «con malicia». En definitiva el subordinado que sabe que la orden recibida es ilícita, no puede ampararse en la eximente de obediencia jerárquica pues su exculpación se puede basar únicamente en el error de prohibición.

Pero no basta para la apreciación de la eximente que el sujeto estuviere obligado por ley a obedecer las órdenes de sus superiores y que no supiera que la orden era ilícita, además es preciso (y éste es el tercer requisito que establece el precepto) que la orden no fuera manifiestamente ilícita. El adverbio «manifiestamente» (es decir, con claridad y evidencia, descubiertamente) es la clave del precepto y confiere cierto carácter objetivo a la calificación de la orden (frente a la ignorancia del sujeto sobre la ilicitud del mandato). A parecida solución llegó el artículo 21 del Código Penal Militar español (y otros muchos en el panorama del Derecho comparado, entre los que destaca la Ley Penal Militar alemana de 1974) cuando rechaza la exención o atenuación de la obediencia a aquella orden que entrañe la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las Leyes o usos de la guerra o constituyan delito, en particular contra la Constitución.

5. Crítica de la nueva regulación del Código penal español

El legislador penal español, obsesionado por la eliminación en el Código penal de 1995 de la clásica eximente de «obediencia debida» (com-

prendida dentro de la eximente de cumplimiento de un deber del artículo 20. 7.º del Código penal), no se percató o quiso enterarse de que la verdadera virtualidad de la antigua eximente es residenciada hoy por la doctrina penal en el campo del error de prohibición (artículo 14.3 del Código penal).

Basta para compartir esta tesis la lectura del artículo 32 (error) y 33 (órdenes superiores y disposiciones legales) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Tanto la remisión del artículo 32.2 (error de derecho) al artículo 33 (órdenes superiores), como los requisitos b) y c) del propio artículo 33 nos describen una eximente de obediencia jerárquica fundada en el error de prohibición.

Por estas razones, las legislaciones penales extranjeras no han podido prescindir de una definición de la obediencia jerárquica en los términos generalmente aceptados por el Derecho penal internacional, tomando como modelo el citado artículo 33 del Estatuto de Roma. Así, el artículo 5.2 de la Ley Belga de 1993 establece la responsabilidad del acusado, que actúa por orden de su gobierno o de un superior jerárquico, cuando la orden pueda manifiestamente suponer la perpetración de un crimen de genocidio, crimen contra la humanidad o crimen de guerra.

El artículo 14 de la Ley de Canadá de 2000, también estimó necesario regular la eximente de órdenes de los superiores, justamente para limitar su aplicabilidad a menos que concurran excepcionales supuestos basados en el artículo 33 del Estado de Roma y, por tanto, en el error de prohibición. Se excluyen, en todo caso, los casos de genocidio y crímenes contra la humanidad, así como las omisiones o actos inhumanos realizados contra la población civil o un grupo identificado de personas.

Quizás el precepto más aceptable técnicamente, en relación con la obediencia jerárquica, es el parágrafo 3 del Código Penal Internacional de Alemania de 2002 (actos cometidos en ejecución de una orden o de una instrucción). Tal norma dispone que quien cometa un acto incriminado en los parágrafos 8 al 14 (crímenes de guerra), en ejecución de una orden o de una instrucción dotada de carácter realmente obligatorio similar, no es culpable si ignora la ilegalidad de la orden o de la instrucción y si la ilegalidad no es manifiesta.

La Sección 11 de la Ley sobre crímenes internacional de los Países Bajos de 2003 ha optado asimismo por regular la obediencia jerárquica. Así, dispone que el subordinado que cometa un crimen previsto en la referida ley en cumplimiento de una orden dada por un superior no es responsable criminalmente si el subordinado cree de buena fe que ha sido dada legalmente y la ejecución de la orden entra dentro de su cometido como

subordinado. Se consideran manifiestamente ilegales las órdenes de cometer un genocidio o un crimen contra la humanidad. El artículo 12 del Proyecto de Ley Penal Especial de Argentina reproduce literalmente el artículo 33 del Estatuto de Roma.

Con estos modelos de la legislación extranjera y, a la vista de los anteriores razonamientos doctrinales, habría sido mas adecuado que el legislador penal español se hubiera inspirado en la propuesta formulada por la Cruz Roja Española para este precepto. El texto ofrecido no podía ser catalogado de audaz, sino de mas coherente con la regulación del error de prohibición en el propio Código penal español, pues se limitaba a recoger la redacción del artículo 33 del Estatuto de Roma, que aplica únicamente la eximente a los crímenes de guerra y sólo cuando la orden no fuera manifiestamente ilícita y no lo supiera el autor.

La propuesta de la Cruz Roja Española incorporaba un artículo 616 ter, con la siguiente redacción:

«El que hubiere ejecutado una acción u omisión constitutiva de un delito previsto en el capítulo anterior (Delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado) en cumplimiento de una orden emitida por una autoridad o un superior, sea militar o civil, no será eximido de responsabilidad penal, a menos que concurren las tres condiciones siguientes:

- 1. Que estuviere obligado por ley a obedecer las órdenes emitidas por la autoridad o superior de que se trate,*
- 2. Que no supiere que la orden era ilícita, y*
- 3. Que la orden no fuera manifiestamente ilícita».*

VIII. LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS CRÍMENES INTERNACIONALES

LIBRO PRIMERO DEL CÓDIGO PENAL (*Disposiciones generales*)

TÍTULO VII. DE LA EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL Y SUS EFECTOS

CAPÍTULO I. DE LAS CAUSAS QUE EXTINGUEN LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL

Artículo 131

La reforma del artículo 131. 4 del Código penal por la Ley Orgánica 15/2003 consistió en declarar que los delitos de lesa humanidad y de geno-

cidio y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, no prescribirán en ningún caso.

La modificación que proponía el Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española, de acuerdo con el artículo 29 (*Imprescriptibilidad*) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, añadía al número 4 del artículo 131 (que aludía sólo al genocidio en la redacción anterior) que no prescribirán en ningún caso *los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, previstos en el capítulo III del Título XXIV del Libro II de éste Código, salvo los castigados en el artículo 614* (el subrayado es del autor). El legislador penal español eliminó esta última frase. Sin embargo, la excepción resulta plenamente justificada dada la menor gravedad de las conductas incriminadas en el tipo general residual del artículo 614, que castiga actos contrarios y simples infracciones que no alcanzan la entidad de los llamados crímenes de guerra o infracciones graves del Derecho Internacional Humanitario o Derecho Internacional de los conflictos armados, a los que se refiere la imprescriptibilidad establecida en el Estatuto de Roma.

Artículo 133

Una modificación idéntica a la propuesta para la imprescriptibilidad de los delitos y con el mismo fundamento, se estableció en el artículo 133.2, disponiendo que tampoco las penas prescribirán en ningún caso, con la siguiente redacción: «*Las penas impuestas por los delitos de lesa humanidad y de genocidio y por los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, no prescribirán en ningún caso.* También en el caso de las penas, la propuesta de la Cruz Roja Española añadía la siguiente frase: «*salvo los castigados en el artículo 614*». Para justificar esta excepción son válidos los argumentos expuestos al fundamentar la propuesta similar formulada en la modificación del artículo 131 del Código Penal.